

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

دانشگاه پیام نور

دانشکده علوم انسانی

گروه حقوق

عنوان پایان نامه :

بررسی نکاح معاطاتی در حقوق ایران و اسلام

نگارش:

الهام ربیع پور

استاد راهنما :

دکتر محمدیار ارشدی

استاد مشاور :

دکتر علی سعیدی

پایان نامه

برای دریافت درجه کارشناسی ارشد

در رشته حقوق خصوصی

پاییز ۱۳۹۱

تقدیم به :

پدرم که عالمانه به من آموخت تا

چگونه در عرصه زندگی، ایستادگی را تجربه نمایم

و به مادرم، دریای بی کران فداکاری و عشق

که وجودم برایش همه رنج بود و وجودش برایم همه مهر

و به:

همسرم، اسطوره زندگیم، پناه خستگیم و امید بودنم که

سایه مهربانیش سایه سار زندگیم می باشد، او که اسوه صبر و

تحمل بوده و مشکلات مسیر را برایم تسهیل نمود.

سپاسگزاری

سپاس و ستایش خدای را جل و جلاله که آثار قدرت او بر چهره روز روشن، تابان است و انوار حکمت او در دل شب تار، درفشان. آفریدگاری که خویشتن را به ما شناساند و درهای علم را بر ما گشود و عمری و فرصتی عطا فرمود تا بدان، بنده ضعیف خویش را در طریق علم و معرفت بیازماید. و با تقدیر و تشکر شایسته از استاد فرهیخته جناب آقای دکتر محمدیار ارشدی که همواره راهنما و راه گشای نگارنده در اتمام واکمال پایان نامه بوده است.

و نیز از استاد گرامیم جناب آقای دکتر سعیدی بسیار سپاسگذارم چرا که بدون راهنماییهای ایشان تامین این پایان نامه بسیار مشکل می نمود.

چکیده:

موضوع نکاح همواره از زوایای مختلف بررسی و ارزیابی شده است، یکی از مسایل پیرامون بحث نکاح که در این رساله مورد بررسی قرار گرفته، صیغه عقد است که به وسیله ایجاب و قبول و با الفاظ مخصوص انجام می گیرد. حال سوال این است که چه لزومی دارد، صیغه عقد در نکاح جاری شود؟ آیا امکان آن وجود دارد که ازدواج بدون ایجاب و قبول لفظی، با در نظر گرفتن رضایت باطنی طرفین و به صورت معاطاتی شکل گیرد؟

یعنی آیا زن و مرد می توانند بدون انشا ایجاب و قبول لفظی، علقه زوجیت را به وسیله فعل مثل ایماء، اشاره یا تمکین زوجه ایجاد کنند؟

برخی بنا به دلایلی، مانند کلیت آیات مربوط به عقود و برخی روایات و همچنین با توجه به صحت معاطات در معاملات معتقد به صحت نکاح معاطاتی شده اند. اما از نظر مشهور فقهای شیعه و سنی ایجاب و قبول در عقد نکاح باید لفظی باشد. مهمترین دلیل بر بطلان نکاح معاطاتی، اجماع و لزوم رعایت جنبه احتیاط می باشد و دلایلی نیز از آیات و روایات و سیره و سنت بر آن اقامه شده است که دلالت برخی از آنان خالی از اشکال نیست. قانون مدنی نیز در ماده ۱۰۶۲ به تبعیت از فقهای شیعه، لفظی بودن ایجاب و قبول را پذیرفته است، ولی برای ایجاب و قبول صیغه خاص و یا لغت و لفظ ویژه ای ملحوظ ندانسته و هر لغت (زبان) و هر نوع صیغه ای که دلالت صریح بر قصد ازدواج داشته باشد کافی دانسته است.

در این رساله برآنیم تا در حد توان خود اقوال و ادله بحث نکاح معاطاتی را بررسی کنیم و با قبول یا نقد آنها نظری را اختیار کنیم که به صواب نزدیک باشد.

کلید واژه: عقد، معاطات، بیع معاطاتی، نکاح، نکاح معاطات، فقها.

فهرست مطالب:

مقدمه.....	۱
فصل اول: کلیات.....	۴
بخش اول: عقود.....	۵
مبحث اول: تعاریف.....	۵
گفتار اول: تعریف لغوی عقد.....	۵
گفتار دوم: تعریف عقد در اصطلاح فقهی.....	۶
گفتار سوم: تعریف عقد در حقوق مدنی.....	۷
مبحث دوم: اقسام عقود.....	۷
گفتار اول: عقد قولی (تشریفاتی).....	۸
گفتار دوم: عقد فعلی (رضایی).....	۸
بند اول: اصل بر رضایی بودن عقود در قرآن.....	۸
بند دوم: اصل بر رضایی بودن عقود در فقه امامیه.....	۹
بند سوم: اصل بر رضایی بودن عقود در فقه اهل سنت.....	۱۱
بند چهارم: اصل رضایی بودن عقود در حقوق.....	۱۲
مبحث سوم: ارکان عقود.....	۱۳
گفتار اول: ایجاب و قبول (صیغه لفظی).....	۱۳
بند اول: قائلین به لزوم لفظ.....	۱۴
بند دوم: قائلین به عدم لزوم لفظ.....	۱۶
گفتار دوم: طرفین عقد.....	۱۶
گفتار سوم: مورد قبول.....	۱۷
بخش دوم: نکاح.....	۱۸
مبحث اول: تعریف نکاح.....	۱۸
گفتار اول: تعریف لغوی نکاح.....	۱۸

گفتار دوم: تعریف اصطلاحی نکاح...	۱۸
مبحث دوم: شرایط صحت نکاح.....	۲۰
گفتار اول: قصد و رضای طرفین.....	۲۰
بند اول: قصد و رضای باطنی..	۲۰
بند دوم: ایجاب و قبول	۲۰
الف: اعتبار عربی بودن	۲۱
ب: اعتبار صیغه خاص	۲۲
ج: تقدم ایجاب بر قبول	۲۳
د: توالی ایجاب و قبول	۲۴
ه: ایجاب و قبول توسط ولی.....	۲۵
و: ایجاب و قبول توسط متعاقدين لال.....	۲۶
بند سوم: تعیین زن و شوهر جهت رفع شبهه	۲۷
بند چهارم: تنجیز در عقد نکاح.....	۲۸
بند پنجم: شرط خیار در عقد	۲۹
بند ششم: عقد مکره	۳۱
گفتار دوم: اهلیت طرفین.....	۳۲
بند اول: سن ازدواج	۳۲
بند دوم: اجازه ولی قهری در نکاح دختر کبیر	۳۳
بخش سوم: معاطات	۳۴
مبحث اول: تعاریف.....	۳۴
گفتار اول: تعریف لغوی معاطات..	۳۴
گفتار دوم: تعریف اصطلاحی معاطات	۳۵
مبحث دوم: سیر تاریخی معاطات	۳۷
مبحث سوم: معاطات از دیدگاه فقهای شیعه	۳۹
گفتار اول: نظر فقهای شیعه دوازده امامی پیرامون معاطات.....	۳۹
بند اول: نظر فقهای شیعه دوره سوم تا پنجم فقهی.....	۴۰
بند دوم: نظر فقهای شیعه دوره ششم تا هشتم فقهی.....	۴۲
بند سوم: نظر فقهای شیعه معاصر.....	۴۵

گفتار دوم: نظر فقهای اسماعیلیه و زیدیه پیرامون معاطات.....	۴۶
بند اول: نظر فقهای اسماعیلیه پیرامون معاطات.....	۴۶
بند دوم: نظر فقهای زیدیه پیرامون معاطات.....	۴۷
مبحث چهارم: معاطات از دیدگاه فقهای اهل سنت.....	۴۸
گفتار اول: نظر فقهای شافعی پیرامون معاطات.....	۴۸
گفتار دوم: نظر فقهای مالکی پیرامون معاطات.....	۴۹
گفتار سوم: نظر فقهای حنبلی پیرامون معاطات.....	۵۰
گفتار چهارم: نظر فقهای حنفی پیرامون معاطات.....	۵۰
مبحث پنجم: معاطات از دیدگاه حقوقدانان.....	۵۱
فصل دوم: بررسی دلایل فقهی معاطات در عقود	
.....	۵۴
بخش اول: ادله صحت معاطات	۵۵
مبحث اول: استدلال به سیره.....	۵۵
مبحث دوم: استدلال به اجماع.....	۵۸
مبحث سوم: استدلال به نبودن دلیل بر شرطیت صیغه.....	۵۸
مبحث چهارم: استدلال بر عدم شبهه نسبت به صدق بیع معاطات.....	۵۹
مبحث پنجم: استدلال به آیه حل.....	۵۹
مبحث ششم: استدلال به آیه تجارت.....	۶۴
مبحث هفتم: استدلال به آیه او فوا بالعقود.....	۷۱
مبحث هشتم: استدلال به حدیث سلطنت.....	۷۵
مبحث نهم: استدلال به حدیث شرط.....	۷۸
مبحث دهم: استدلال به حدیث لا یحل.....	۸۵
مبحث یازدهم: استدلال به آیه قنطار.....	۸۷
بخش دوم: ادله بطلان معاطات	۹۰
مبحث اول: استدلال به اصل.....	۹۰
مبحث دوم: استدلال به اجماع.....	۹۰
مبحث سوم: استدلال به روایات.....	۹۰
مبحث چهارم: استدلال بر نهی پیامبر از بیع منابذه و حصات.....	۹۲

فصل	سوم	بررسی:	معاطات	در
نکاح	۹۵		
بخش اول: تعاریف			۹۶
مبحث اول: تعریف حقوقی نکاح معاطات			۹۶
مبحث دوم: تعریف فقهی نکاح معاطات			۹۶
بخش دوم: نظرات فقهای شیعه پیرامون نکاح معاطات	۹۸		
مبحث اول: نظرات فقهای شیعه دوازده امامی پیرامون نکاح معاطات			۹۸
گفتار اول: نظریه بطلان نکاح معاطاتی و دلایل آن			۹۹
بند اول: نظریه بطلان نکاح معاطاتی			۹۹
بند دوم: ادله بطلان نکاح معاطاتی			۱۰۱
الف: آیات			۱۰۱
ب: روایات			۱۰۳
ج: اصول عملیه			۱۰۷
د: اجماع و سیره مسلمین			۱۰۸
گفتار دوم: نظریه صحت نکاح معاطاتی و دلایل آن			۱۲۰
بند اول: نظریه صحت نکاح معاطاتی			۱۲۰
بند دوم: ادله صحت نکاح معاطاتی			۱۲۷
الف: آیات			۱۲۷
ب: روایات			۱۲۹
ج: قاعده العقود تابعه للقصود			۱۳۳
۱ مفهوم قاعده			۱۳۳
۲ مفهوم قصد			۱۳۴
۱-۲ نظریات مختلف در باره قصد			۱۳۵
۱-۲-۱ نظریه حاکمیت قصد ظاهری			۱۳۶
۱-۲-۱-۱ ائولین به نظریه حاکمیت قصد ظاهری			۱۳۶
۱-۲-۱-۲ آثار التزام به این نظریه			۱۳۸
۱-۲-۱-۳ معیارهایی برای تعیین قصد ظاهری			۱۳۹

۱۴۰	۲-۱-۱-۴ استثنا پذیری حاکمیت قصد ظاهری.....
۱۴۱	۲-۱-۲ نظریه حاکمیت قصد باطنی.....
۱۴۱	۲-۱-۲-۱ قائلین به نظریه حاکمیت قصد باطنی.....
۱۴۳	۲-۱-۲-۲ آثار التزام به این نظریه.....
۱۴۴	۲-۱-۲-۳ مویدات حکومت قصد باطنی.....
۱۴۸	۳ عمومیت قاعده.....
۱۴۹	۴ تخصیص ناپذیری قاعده.....
۱۴۹	۵ مدرک قاعده.....
۱۵۳	مبحث دوم: نظرات فقهای زیدیه و اسماعیلیه پیرامون نکاح معاطاتی.....
۱۵۳	گفتار اول: نظرات فقهای زیدیه پیرامون نکاح معاطاتی.....
۱۵۴	گفتار دوم: نظرات فقهای اسماعیلیه پیرامون نکاح معاطاتی.....
	بخش سوم: نظرات فقهای اهل سنت پیرامون نکاح معاطاتی.....
	مبحث اول: نظرات فقهای حنفی پیرامون نکاح معاطاتی.....
	مبحث دوم: نظرات فقهای شافعی پیرامون نکاح معاطاتی.....
	مبحث سوم: نظرات فقهای حنبلی پیرامون نکاح معاطاتی.....
	مبحث چهارم: نظرات فقهای مالکی پیرامون نکاح معاطاتی.....
	بخش چهارم: بررسی حقوقی نکاح معاطاتی.....
	مبحث اول: معاطات در معاملات.....
	مبحث دوم: معاطات در نکاح.....
	نتیجه گیری.....
	فهرست منابع.....

مقدمه:

فقه علم به احکام و دستورالعمل‌های دینی است که فقیه اسلام شناس با رعایت ضوابط و قواعدی، آن‌ها را از دلیل‌های اجتهادی یعنی کتاب، سنت، عقل و اجماع و در صورت عدم دسترسی به آن‌ها از دلیل‌های فقه‌ای یعنی اصول عملیه، استنباط می‌کند. البته استفاده و برداشت فقیهان از متون کتاب و سنت، ممکن است در طول زمان فرق کند و آیندگان به جهت گسترش علم و دانش و برخورداری از دانش گذشتگان، استفاده‌های نو، بدیع و کامل‌تری از متون دینی نسبت به گذشتگان داشته باشند.

لازم است به این نکته توجه کنیم که برداشتهای نو و بدیع از متون دینی یا استنباط احکام موضوعات مستحدثه، باید در چهارچوب منابع اجتهاد باشد و استنباط فقیه در احکام موضوعات جدید، برگرفته از عمومات و اطلاعات دلیله و متکی به دلیل‌های اجتهادی و فقهی باشد تا فتوای فقیه مستند باشد؛ زیرا اگر اظهار نظر فقیه و برداشتهای بدیع و نوآوری‌هایش خارج از چهارچوبهای مسلم فقه باشد، سر از اعتقاد بی علم و قیاس باطل در خواهد آورد.

با توجه به این که در علوم اعتباری چون فقه و دانش‌های وابسته به آن همانند دانش‌های دیگر پر است از دیدگاه‌های مختلف و ردّ و پذیرش‌های زیاد تا آنجا که این اختلافات فقط میان گرایش‌های مختلف یک دانش یا جریان یا مذهب نیست، بلکه حتی درون جریان‌ها و مذاهب نیز

شاهد تفاوت نظریات و گرایش‌ها بوده و در بسیاری از مسایل فقهی دو یا سه بلکه چند قول وجود دارد؛ مثلاً در مورد معاطات تعاریف مختلفی وجود دارد. معاطات در عقود، از گذشته مورد توجه فقها بوده، حتی در زمان صدر اسلام و نیز در کتاب خدا تحت عناوینی نظیر تجارت عن تراض مطرح شده است.

از زمان آغاز اجتهاد در فقه، یعنی از زمان شیخ مفید به مسأله معاطات پرداخته شده است؛ چنان که ایشان در المقنعه می‌فرمایند: بیع با تراضی دو نفر بر چیزی که بتوانند آن را بفروشند و از اوصاف آن آگاه و بر بیع آن راضی باشند و آن را قبض کنند و از مجلس عقد جدا شوند واقع می‌شود. (چنین گفته می‌شود که که سخن شیخ مفید شامل معاطات نیز می‌شود).

باید توجه داشت که چون شیخ مفید در آغاز دوره اجتهاد می‌زیسته، مسأله معاطات در کتاب ایشان استدلالی بیان نگردیده است، بلکه در ادوار فقهی به تدریج و به مرور به صورت استدلالی بر روی معاطات بحث شده است، خصوصاً علمای متأخر مسأله را کاملاً شرح و بسط داده‌اند. به نظر می‌رسد، مباحث معاطات به صورت مستقل، نخستین بار در معامله بیع مطرح شده و مباحث دقیق و پیچیده‌ای پیرامون آن به بحث گذارده شده است. مثلاً آیا معاطات در معاملات محقق عقود است یا فقط سبب اباحه تصرف است؟ در صورتی که محقق عقد باشد آیا در بیع مفید ملک جایز است یا ملک لازم؟ آیا خیار در آن جاری است؟ آیا معاطات در سایر عقود و ایقاعات همانند رهن، قرض، مضاربه، ودیعه و اجاره نیز جاری است یا خیر؟ البته در عدم جریانش در بعضی از ایقاعات چون طلاق اتفاق نظر است. گرچه در کلام شهیدین و فقیهان قبل از شیخ انصاری، به معاطات کم و بیش اشاراتی رفته است، ولی ظاهراً شیخ انصاری نخستین فقیهی است که مسأله را به طور مبسوط و مستدل مورد نقد و بررسی قرار می‌دهد.

امروزه کمتر فقیهی است که در عقود معاوضی، برای معاطات اثری قائل نباشد و اکثر فقهای عظام به این نتیجه رسیدند که با توجه به اصولی همچون «او فوا بالعقود»، اصل تراضی در معاملات، سمحه و سهل بودن دین اسلام و... معامله بدون صیغه جایز بوده و در حال حاضر تقریباً همه فقیهان این نوع معاطات را جایز می‌دانند، اما درباره عقد نکاح بحث چندانی نشده و عقد نکاح را از سایر عقود جدا کرده و همچنان وجود صیغه با مفهوم خاص و ایجاب و قبول را جزء ارکان عقد نکاح

می دانند و دلیل آن را شهرت اجماعی دانسته اند. با وجود این اجماع، در مورد مفهوم معاطات اتفاق نظر وجود نداشته و فقها و حقوقدانان از این اصطلاح تلقی یکسانی ندارند.

طرح نظریه درستی نکاح معاطاتی از سوی برخی نو اندیشان موجب شده این بحث مجدداً به بحث روز تبدیل شود. در میان برخی افراد جامعه مخصوصاً جوانان نیز این پرسش وجود دارد که چه نیازی به انشای صیغه عقد وجود دارد؟ آیا رضایت طرفین برای نکاح کافی نیست؟ آیا جایگزینی برای صیغه عقد وجود دارد؟

هدف از این تحقیق، بررسی نکاح معاطاتی از دیدگاه فقه و حقوق موضوعه است که همچون اکثر تحقیقات علوم انسانی با روش کتابخانه ای و به صورت فیش برداری انجام گرفته است. با توجه به این که کتب فقهی، قریب به اتفاق به زبان عربی نگارش یافته و به این موضوع در کتب فارسی کمتر پرداخته شده است و یا در خلال ترجمه کتب فقهی عربی مطرح می شود؛ لذا جمع آوری آراء فقهای قدیم و جدید و همچنین بررسی مبانی استدلالی ایشان امری ضروری به نظر می رسد. در این راستا سعی شده از کتب اصیل و معتبر استفاده شود و بعد از فیش برداری نگارش مطالب آغاز گردید.

این رساله، در سه فصل تدوین گردیده است. در فصل اول به کلیات پرداخته و تعاریف مختلفی از عقد، معاطات و نکاح را آورده ایم. فصل دوم را به ادله صحّت معاطات در عقود اختصاص داده ایم و سعی شده است به این سوال پاسخ داده شود که آیا اصولاً معاطات در عقود به طور کلی صحیح است یا خیر؟

فصل سوم به بحث اصلی یعنی بررسی نکاح معاطاتی اختصاص دارد. در این فصل نظریات مختلف علمای شیعه و سنی آورده شده است. در نهایت با استدلال به قاعده العقود تابعه للقصد و نیز با در نظر گرفتن نظریه حاکمیت قصد باطنی به نظر می رسد، که وجود صیغه در نکاح برای رعایت غایت و نهایت احتیاط است و این احتیاط نیز نمی تواند منحصر به لفظ و گفتار باشد؛ زیرا اعتبار لفظ در نکاح طریقی است نه موضوعی و دلیلی قطعی از قرآن و سنت بر لفظی بودن صیغه عقد در نکاح وجود ندارد و اصولاً تا دلیل معتبری یافت نگردد، نمی توان گفت از نظر شارع، شرط صحت عقود آن است که به وسیله الفاظ تحقق یابد. از نظر فقهی نیز اعتبار لفظ در عقد نکاح طریقی بوده و موضوعیت ندارد.

فصل اول: کلیات

بخش اول: عقود

در آغاز سخن، تعریف موضوع، ضروری به نظر می‌رسد. به منظور بیان روشن موضوع، هریک از معانی لغوی و اصطلاحی عقد بیان گردیده است.

مبحث اول: تعریف عقد

گفتار اول: تعریف لغوی عقد

در لغت نامه دهخدا آمده :

عقد به معنای پناه بردن به کسی (عقد عنقه الیه: به او پناه برد) و نیز در مقابل حل و گشودن است. (حل و عقد: گشودن و بستن و آن کنایه از انجام دادن امور است. اهل حل و عقد؛ یعنی کسی که مورد اعتماد مردمان باشد.)

عقد همچنین به معنای شمار کردن، حساب کردن و ستبر شدن مایع (عقد الرب: انگبین ستبر شد.) و نیز به معنای پیمان، زینهار، رای و فکراست.^۱

در قرآن نیز بارها لفظ عقد به کار رفته است:

«و احلل عقده من لسانی» گفته شده که لکنتی در زبان موسی وجود داشته است.

«او یعفو الذی بیده عقده النکاح» گفته شده کسی که مالک عقد نکاح است، زوج می باشد.

قوله تعاله: «یا ایها الذین امنوا اوفوا بالعقود»^۲ عقود جمع عقد است؛ به معنی معقود و آن موکدترین عهد است و فرق بین عهد و عقد این است که در عقد معنی استیثاق و شدت است. عقد دو طرف دارد، ولی عهد گاهی یک طرف بیشتر ندارد و اصل عقد گره زدن چیزی به چیز دیگر است.^۳

قوله تعالی: «ولا تعزموا عقده النکاح حتی یبلغ الكتاب اجله»^۴ قصد بستن عقد زناشوئی نکنید تا مدت عده وفات سرآید. به علقه نکاح عقده گفته می شود؛ زیرا نوعی گره زدن و ایجاد علقه بین زنان و شوهران است.

اهل لغت می گویند: عقده اسم عقد است که به معنای بسته و گره زده است، نکاح باشد یا پیمان یا غیر آنها.

گفتار دوم: تعریف عقد در اصطلاح فقهی

عقد در اصطلاح عبارت از این است که: یک یا چند نفر در برابر یک یا چند نفر دیگر، درباره امری نسبت به یکدیگر متعهد و ملتزم شوند.

عقد، التزام و تعهد متقابل دو طرف است و شاید به معنی لغوی آن به معنای بستن و گره زدن نزدیک باشد. این معنا در بیع که معاوضه مال به مال است، ملحوظ بوده و ایجاب و قبول، سبب آن

^۱ علی اکبر دهخدا، لغت نامه، ج ۲۰، ص ۳۵۶.

^۲ طه، آیه ۲۷.

^۳ بقره، آیه ۲۳۷.

^۴ مائده، آیه ۱.

^۵ شیخ فخر الدین الطریحی، مجمع البحرین، ج ۳، تهران، انتشارات کتابفروشی جعفری، ص ۱۰۳.

^۶ بقره، آیه ۲۳۵.

بستن و گره زدن محسوب می شود. مراد از گره زدن، ربط دادن و بستن دو التزام از دو طرف (متعاقدين) به یکدیگر است، پس اگر بگوییم عقد عبارت است از: ایجاب و قبول، صحیح است و شاید مراد از عقد، عهد و پیمان باشد.^۱

در کتاب آیات الاحکام حضرت آیت الله قربانی، عقد اینگونه تعریف شده است: عقد همان پیمان محکم و نیرومند میان دو نفر است، پس هر عقد یک عهد است نه بر عکس؛ زیرا شدت و بین دو تا بودن در عهد لازم نیست.^۲

همچنین شهید اول می فرماید: عقد عبارت است از ایجاب و قبول با ارتباطی که شرعاً معتبر است؛ بنابراین عقد شامل سه امر (ایجاب - قبول - ارتباط) است.^۳

ابوالحسن محمدی در قواعد فقه، عقد را اینگونه تعریف می کند: دو نفر با ایجاب و قبول لفظی، ملتزم و متعهد شوند امر مورد اتفاق بین خود را اجرا نمایند؛ یعنی به طور مثال در عقد نکاح نکاح ایجاب کننده می گوید: تو را به عقد خود یا به نکاح خود در آوردم و قبول کننده با کلمه قبلت یا رضیت، موافقت خود را اعلام می نماید و عقد نکاح منعقد می شود. در عقود دیگر نیز این چنین است.^۴

سیدبجنوردی در کتاب قواعد فقیهه می فرماید: عقد عبارت است از عهد مؤکد، همچنان که لغویون آن را ذکر کرده اند. عقد از امور قلبی می باشد و صیغه به هر لفظی که باشد، وسیله ای است برای ایجاد آن معنای قلبی در عالم اعتبار؛ به عنوان مثال عقد نکاح عبارت از آن است که زن متعهد شود در قلبش با شرط و مهر مشخص همسر فلان مرد شود؛ به عبارت دیگر حقیقت عقد، التزام به امر برای عقد می باشد . . . مانند عقد بیع و هبه.^۵

گفتار سوم: تعریف عقد در حقوق مدنی

^۱ دکتر فیض، علیرضا، مبادی فقه و اصول، انتشارات دانشگاه تهران، ص ۳۴۰.

^۲ آیت الله قربانی، آیات الاحکام، جلد ۸، ص ۱۰۱.

^۳ العاملی، شمس الدین شیخ محمد بن ملکی، لمعه دمشقیه، علی شیروانی، ج ۲، ص ۳۳۸۲.

^۴ محمدی، ابو الحسن، قواعد فقه، تهران، نشر یلدا، ص ۱۰۱.

^۵ محمدی، ابو الحسن، قواعد فقه، تهران، نشر یلدا، ص ۱۰۱.

^۶ بجنوردی، سید میرزا حسن، قواعد فقیهه، ج ۳، ص ۱۳۵، ۱۴۲.

عقد عبارت است از: توافق و اراده‌ی دو طرف به منظور ایجاد یک اثر حقوقی، اعم از این که اثر آن به وجود آمدن، تغییر یا سقوط تعهد باشد یا به وجود آمدن تغییر یا سقوط یک حق عینی مانند مالکیت.^۱

آقای محمد جعفر لنگرودی در ترمینولوژی حقوقی عقد را اینگونه تعریف می‌کند: تعهد یک طرف بر قبول امری که مورد قبول دیگری باشد.^۲

مطابق ماده ۱۸۳ ق.م.عقد عبارت است از این که یک یا چند نفر در مقابل یک یا چند نفر دیگر تعهد بر امری نمایند و مورد قبول آنها باشد.^۳

مبحث دوم: اقسام عقود

عقد از جهات مختلف دارای تقسیمات مختلفی است. در اینجا به واسطه ارتباط با موضوع رساله عقد را از جهت وسیله تحقق بررسی می‌نماییم.

عقد از جهت وسیله تحقق بر دو گونه است: ۱- عقد فعلی (غیر تشریفاتی) ۲- عقد قولی (عقد تشریفاتی)

گفتار اول: عقد قولی

عقد تشریفاتی (قولی): عقدی را گویند که علاوه بر اجتماع جمیع شرایط اساسی صحت عقد، تشریفات صوری مخصوص (مانند تلفظ به صیغه خاص یا به لغت خاص یا ثبت در دفتر اسناد رسمی یا کتبی بودن عقد؛ مانند عقد بیمه) لازم داشته باشد. اصل در عقود، غیر تشریفاتی بودن است و تشریفاتی بودن استثناء است.^۴ هرگاه کاشف از قصد انشاء، لفظ باشد، آن انشا را «انشای قولی» می‌نامند و اگر کاشف از قصد انشاء، فعل باشد آن را «انشای فعلی» می‌نامند.

عقد تشریفاتی، قراردادی است که با تشریفات خاصی واقع شود و صرف تقابض بدون صیغه کفایت نمی‌کند. مرحوم کاشف الغطاء می‌گوید: ما قطع داریم که الفاظ خاص، دارای آثار مخصوصی هستند و منظور ایشان این است که در باب معاملات آثار بر الفاظ مترتب هستند.

^۱ دکتر صفایی، سید حسین، قواعد عمومی قرار دادها، ج ۲، ص ۲۰.

^۲ لنگرودی، محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق، ص ۴۵۴.

^۳ حسینی نیک، سید عباس، مجموعه قوانین کاربردی، ص ۶۶.

^۴ علی اکبر، دهخدا، لغت نامه، ج ۲۰، ص ۳۵۸؛ دکتر محمد جعفر جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، ص ۴۵۸.

گفتار دوم: عقد فعلی (عقد رضایی)

عقد غیر تشریفاتی را عقد فعلی «عقد رضایی» می گویند؛ چون به صرف تراضی طرفین و بدون هیچ گونه تشریفات، عقد واقع می شود.

عقد رضایی قراردادی است که به صرف توافق طرفین، به شرط این که به نحوی از انحاء بیان و ابراز شده باشد، واقع می شود و تحقق آن به تشریفات خاصی؛ مانند به کار بردن الفاظ معین یا تنظیم سند، نیاز ندارند.

بند اول: اصل رضایی بودن عقود در قرآن

قرآن کریم حلیت تصرف در اموال مردم را به تحقق تراضی منوط دانسته و این را به مثابه یک قاعده کلی مطرح نموده است؛ «یا ایها الذین امنوا لا تاكلوا اموالکم بینکم بالباطل الا ان تكون تجاره عن تراض منکم»^۱.

ترجمه: ای اهل ایمان مال یکدیگر را بنا حق نخورید؛ مگر آن که تجارتي از روی رضا و رغبت کرده باشید.

این آیه دلیل بر این است که هر معاوضه ناشی از رضایت طرفین، حلال بوده و تصرف در مورد آن صحیح است. در آیه دیگری هم طیب نفس و رضایت، اساس حلیت تصرف در اموال تلقی شده است؛ «وآتوا النساء صدقاتهن نحله فان طین لکم عن شی منہ نفسا فکلوه هنینا مریناً»^۲.

ترجمه: و مهر زنان را در کمال رضایت و طیب خاطر به آنها بپردازید، پس اگر چیزی از مهر خود را از روی رضا و خشنودی به شما بخشیدند، برخوردار شوید که آن شما را حلال و گوارا خواهد بود. بنابراین اصل تراضی، اصلی حاکم و اساسی در فقه اسلامی است که مبنای تعامل میان افراد دانسته شده است. محکمه اسلامی از تمام قراردادهایی که به موجب تراضی منعقد شده، حمایت کرده؛ بدون این که شکل خاصی را شرط بداند، اما این روشن است که قصد و رضا، امری مخفی و پنهان است که باید به نحوی ابراز و اعلام شود و ممکن است وسیله اعلام و ابراز همان لفظ یا هر وسیله مناسب دیگر باشد؛ از این رو در تشریح اسلامی انعقاد عقود و تعهدات بدون نیاز به هر شکلیتی

^۱ نساء، آیه ۲۹.

^۲ نساء، آیه ۴.

محقق می شود و اگر در بعضی از مذاهب در انعقاد عقود توجه عمده ای به الفاظ می شود، دلیل بر اعتقاد به نوعی شکلیت و تقدیس الفاظ نبوده و تنها نشانه ای است بر این که الفاظ بهترین و قوی ترین و ساده ترین دلیل و کاشف از امر درونی بوده و رضایت باطنی را اعلام می نماید.

با این توجیه روشن می شود که بیان یکی از دانشمندان حقوق اسلامی در خصوص این که برخی از فقها، الفاظ را تقدیس کرده اند، صحیح به نظر نمی رسد. دکتر شفیق شحاته در النظریه العامه للالتزامات فی الفقه الحنفی می گوید:

در فقه اسلامی نوع خاصی از شکلیت یافت می شود که ما آن را لفظیت (لفظ عربی) می نامیم و این امر از آثار اعتقاد اولیه و باستان است که برای لفظ، نوعی قداست قائل بوده و معتقد بودند الفاظ تاثیر سحر آمیزی دارد.

به نظر می رسد که این بیان ناشی از عدم درک صحیح فقه اسلامی است.

بند دوم: اصل بر رضایی بودن عقود در فقه امامیه

از میان مذاهب مختلف فقهی، فقه امامیه تاکید زیادی بر لزوم اعلام اراده از طریق الفاظ، جهت انعقاد عقود و ایقاعات دارد. در این مساله ادعای اجماع و شهرت نیز شده است و در نظر بدوی این مطلب به معنای اعتقاد به نوعی شکلیت در فقه امامیه است.

این در حالی است که برخی از فقیهان امامیه نه تنها لفظ را برای انعقاد عقود لازم می دانند، بلکه الفاظ مخصوصی را نیز ضروری دانسته اند. برخی دیگر معتقد بوده اند که ایجاب و قبول در عقود باید به زبان عربی باشد. این امر سبب شد که برخی از دانشمندان حقوق اسلامی دلیل این امر را تعصب خاص (تعصب نژادی و قومی) بدانند. مستفاد از این مطلب آن است که فقیهان امامیه بیش از سایر مذاهب فقهی بر لزوم به کارگیری الفاظ اصرار داشته اند و این خود مبین اعتقاد به نوعی شکلیت و لفظ گرایی در اقوال فقهای شیعه است؛ بنابراین فقه امامیه از یک طرف متهم به تقدیس الفاظ و از طرف دیگر متهم به نوعی تعصب گرایی عربی می شود.

در نظر منتقدان دینی که برای هدایت و سعادت تمام انسانها پا به عرصه وجود گذاشته و داعیه قدرت اداره تمام جوامع بشری را در تمام زمانها و مکانها دارد و ادعای جامعیت و خاتمیت می کند، به چه دلیل باید این چنین محصور در الفاظ، آن هم الفاظ عربی باشد.